

Sygn. akt: KIO 260/21

## WYROK

z dnia 25 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Z. G. i K. G. wspólników spółki cywilnej pod nazwą Gomi Z. G. K. G. z siedzibą w Poniatowej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Lesku**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowną ocenę ofert złożonych w postępowaniu połączoną z przyznaniem odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pt. „Ocena jadłospisu dekadowego”.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Lesku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z. G. i K. G. wspólników spółki cywilnej pod nazwą Gomi Z. G. K. G. z siedzibą w Poniatowej**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Lesku** na rzecz wykonawcy **Z. G. i K. G. wspólników spółki cywilnej pod nazwą Gomi Z. G. K. G. z siedzibą w Poniatowej** kwotę **11 263 zł** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt trzy złote) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 260/21

## Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Lesku (dalej: „Zamawiający” lub „Szpital”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę Posiłków Szpitalnych”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 grudnia 2020 r. pod nr 768948-N-2020.

W dniu 25 stycznia 2021 r. wykonawca **Z. G. i K. G. wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Gomi Z. G. K. G. z siedzibą w Poniatowej** (dalej: „Odwołujący” lub „Gomi”) wniósł na podstawie art. 514 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - zwane dalej: „Nustawą” lub „NPzp”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przyznanie ofercie Odwołującemu 00,00 pkt w kryterium oceny ofert „Ocena jadłospisu dekadowego” w sytuacji, gdy Odwołujący podał w Części II w pkt 3 oferty „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie prawidłowy”, w warunkach podania przez Zamawiającego w Rozdziale 18 SIWZ w pkt 18.1.3 w rubryce „Ocena jadłospisu dekadowego”: prawidłowy, zadowolający, wymagający poprawy, nieprawidłowy i dla każdego jadłospisu dekadowego określenia ilość przyznanych punktów odpowiednio: 100, 50, 10, 0;
2. naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przyznanie ofercie Odwołującego 79,61 pkt zamiast 99,61 pkt;
3. naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a wybranie oferty Firmy Handlowo-Usługowej Zajazd „U KMITY” M. S. z siedzibą w Lesku, które Zamawiający przyznał 98,55 pkt;
4. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niedokonanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki przez zastąpienie w ofercie Część II pkt 3 wyrazu „prawidłowy” cyfrą.

- co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający dokonał

badania i oceny oferty w sposób dyskryminujący Odwołującego;

- 5.w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych powyżej Odwołujący podnosił zarzut ewentualny naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp przez niedokonanie czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert;
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia postępowania jako żądanie ewentualne.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Gomi podnosił m. in., że:

W informacji z otwarcia ofert Zamawiający zamieścił w stosunku do oferty Odwołującego, w rubryce Ocena jadłospisu dekadowego „brak”. Odwołujący zareagował na przedmiotową informację, w piśmie sporządzonym w dniu 5 stycznia 2021 r. (przesłanym Zamawiającemu e-mail dnia 5.01.2021 r.) zarzucając, że dana podana w informacji z otwarcia ofert „brak” nie odpowiada prawdzie. Odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt 18.1.3 SIWZ Zamawiający określił „Ocena jadłospisów dekadowych”, dzieląc jadłospisy dekadowe na: prawidłowy, zadowalający, wymagający poprawny, nieprawidłowy i określił ilość punktów dla każdego z tych jadłospisów, odpowiednio 100, 50, 10 i 0. W formularzu oferty Zamawiający zapisał „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie...”, na poziomie, więc wykonawca konsekwentnie podał „prawidłowy”, nie zaś ilość punktów przyznaną przez wykonawcę swojemu jadłospisowi dekadowemu. Jego zdaniem ocena końcowa sposobu żywienia/jadłospisu należy do Zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca w druku oferty zaofერował ocenę jadłospisu dekadowego na poziomie „prawidłowym”, któremu odpowiada określona w pkt 18.1.3. SIWZ ilość przyznaných punktów, to odpowiedział na wymaganą w pkt 3 Części II Formularza oferty „Ocenę jadłospisu dekadowego na poziomie...” i wniósł o uwzględnienie przedstawionego stanowiska w czynności dokonywania oceny oferty.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołującego, Zamawiający w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 r. podał, że punkt 18.1.3.SIWZ określa sposób wyliczenia D (wartość punktowa jadłospisu dekadowego) i że brak wskazania przez Odwołującego, konkretnej wartości liczbowej Di, niezbędnej do oszacowania D, dyskwalifikuje ofertę w powyższym kryterium. Jednocześnie wyjaśnił, że „Kluczową rolą Arkusza Oceny dekadowej jadłospisów - załącznik Nr 2C, było określenie średniej wartości punktowej przez Wykonawcę”, „Jadłospis określany jako „prawidłowy „mieści się w przedziale punktowym 30-34”. Wskazał, że Odwołujący nie określił wartości liczbowej, na jakim poziomie deklaruje jadłospis dekadowy, określenie oceny jadłospisu dekadowego jako „prawidłowy „nie pozwala na obliczenie kryterium D i skutkuje wpisaniem przez Zamawiającego „brak” w omawianym kryterium, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, zgodnie z zapisami Rozdziału 18 SIWZ. Podnosi, że w uwagach Zamawiający zapisał, iż „W przypadku nie zaofęrowania w druku oferty załącznik nr 1 oceny jadłospisu dekadowego oferta Wykonawcy zostanie odrzucona”. Podnosi także, że w uwagach Rozdział 18 pkt 18.1.3 Zamawiający zapisał, jakimi kryteriami będzie się kierował przy ocenie ofert „Ocena końcowa sposobu żywienia/jadłospisu” załącznik nr 2C. Zamawiający podał również, że „Brak wartości liczbowej kryterium D powoduje niemożliwość jej oceny”.

Kolejno wykonawca Gomi stwierdził, że ostatecznie Zamawiający dokonał oceny jego oferty, czym jego zdaniem wykazał, że oferta ta nie jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub specyfikacja) w zakresie pkt. 3 Części II „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie...”, w którym to punkcie Odwołujący podał „prawidłowy”. Jednak nie przyznał ofercie Odwołującego punktów z tabeli w ilości określonej do jadłospisu prawidłowego, tj. przyznał 00,00 punktów i zapisał w zawiadomieniu(ogłoszeniu) o wyborze najkorzystniejszej oferty „Ocena jadłospisu dekadowego według wzoru - 00,00 pkt”.

#### 1.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że w rozpoznawanym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny jadłospisu dekadowego zadeklarowanego przez Odwołującego na poziomie „prawidłowy” i przyznał 00,00 punktów w kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego”. Odwołujący stwierdził, że jeśli zadeklarował jadłospis dekadowy na poziomie „prawidłowy”, dla którego w tabeli przyznano 100 punktów, to stosując wzór zawarty w SIWZ w pkt 18.1.3 za zadeklarowany jadłospis dekadowy jego oferta powinna w kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego” otrzymać 20 punktów.

Wykonawca Gomi argumentował, że w punkcie 18.1.3 SIWZ „Ocena jadłospisu dekadowego (D)” w rubryce „Ocena jadłospisu dekadowego (D)” zamieszczono określenia: w pkt 1 prawidłowy, w pkt 2 zadowalający, w pkt 3 wymagający poprawny, w pkt 4 nieprawidłowy. Zaś w rubryce „ILOŚĆ PRYZANYCH PUNKTÓW” przyporządkował tym określeniom następującą ilość punktów: odpowiednio 100, 50, 10, 0, a w uwadze zapisano: „W przypadku nie zaofęrowania w druku oferty załącznik nr 1 oceny jadłospisu dekadowego oferta Wykonawcy zostanie odrzucona”. Natomiast w druku oferty Część II pkt 3 zapisano: „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie... (słownie)”. Odwołujący konsekwentnie podał ocenę jadłospisu dekadowego jako „prawidłowy”. Stwierdził, że tak w punkcie 18.1.3. SIWZ jak i w Części II w pkt 3 druku oferty nie ma postanowień, że wykonawca ma podać ilość punktów. W jego opinii przez sformułowanie „na poziomie” należy rozumieć przymiotniki: pkt 1 prawidłowy, w pkt 2 zadowalający, w pkt 3 wymagający poprawny, w pkt 4 nieprawidłowy - na określenie jadłospisu, zamieszczone w rubryce.

Odwołujący wskazywał, że dopiero w piśmie, sporządzonym w dniu 11 stycznia 2021 r., Zamawiający podał, że „Kluczową rolą Arkusza oceny dekadowej jadłospisów - załącznik Nr 2C, było określenie średniej wartości punktowej przez Wykonawcę”. Z dalszej treści powołanego pisma „Państwa firma nie określiła wartości liczbowej, na jakim poziomie deklaruje jadłospis dekadowy należy wywieść, że w Części II w pkt 3 druku oferty, zdaniem Zamawiającego, powinny być wpisane punkty. Odwołujący prezentował stanowisko, że ani w pkt 18.1.3 SIWZ, ani w pkt 3 druku oferty Zamawiający nie zapisał, że mają być podane punkty. Zapisał natomiast w pkt 18.1.3 SIWZ „Ocena jadłospisu dekadowego” podział: prawidłowy, zadowalający, wymagający poprawny, nieprawidłowy i w druku oferty zapisał „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie...”. Odwołujący z ostrożności podnosił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, wszelkie ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczne określenia użyte w SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców nie zaś Zamawiającego, bowiem wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nową czy też rozszerzoną

interpretacją postanowień SIWZ dopiero na etapie oceny ofert.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że w warunkach zastosowania w SIWZ pkt 18.1.3 „Ocena jadłospisu dekadowego” z podziałem na prawidłowy, zadowalający wymagający poprawy, nieprawidłowy i przyznania każdemu z tych jadłospisów określonej liczby punktów odpowiednio: 100, 50, 10, 0 jadłospisowi dekadowemu zadeklarowanemu przez Odwołującego na poziomie prawidłowy winno być przypisane z tabeli 100 pkt, w kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego” jego oferta winna otrzymać 20 pkt, a we wszystkich 3 kryteriach 99,61 pkt.

Wykonawca Gomi wskazywał, że Zamawiający zobowiązany jest do wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zatem w sytuacji, gdy Odwołujący zadeklarował jadłospis dekadowy prawidłowy winien on być oceniony przez Zamawiającego na podstawie kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego” na 20 punktów. Dokonując nieprawidłowej oceny, to oznacza oceny niezgodnej z SIWZ jadłospisu dekadowego Odwołującego Zamawiający doprowadził do wyboru oferty mniej korzystnej od jego oferty, czym niewątpliwie naruszył art. 91 Pzp.

### 2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący stał na stanowisku, że jego oferta jest jak najbardziej zgodna z SIWZ. Jednak z daleko posuniętej ostrożności procesowej wskazywał, że jednak, że nawet gdyby jego oferta była niezgodna ze SIWZ, co nie jest uprawnione i stanowczo temu zaprzecza, to wyżej opisana omyłka jest tego typu, że jej poprawienie przez Zamawiającego nie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty. Zmiana ta nie miałaby, zatem charakteru istotnego dla treści oferty, nadal pozostaje zadeklarowany jadłospis dekadowy na poziomie prawidłowy. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie dokonując poprawienia oferty Odwołującego.

### 3. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

W Rozdziale 18 w punkcie 18.1.3 SIWZ Zamawiający podał w Uwadze, że Arkusz oceny dekadowej jadłospisu zawiera Załącznik nr 2 C. Załącznik Nr 2C jest oznaczony, jako „Wskazówki do oceny dekadowej jadłospisów - dieta podstawowa „i jako „Arkusz oceny dekadowej jadłospisów ”. Na końcu Załącznika Nr 2C Arkusz oceny dekadowej jadłospisów” Zamawiający podał: „Niezależnie od otrzymanej końcowej punktacji następujące nieprawidłowości eliminują pozytywną ocenę jadłospisu:

- brak białka pełnowartościowego w jednym z głównych posiłków i/lub (śniadaniu, obiedzie, kolacji),
- brak w dekadzie ryb i przetworów rybnych,
- brak w dekadzie roślin strączkowych suchych,
- średnia ocena dekadowa spożycia warzyw i/lub owoców < 3pkt.

W SIWZ Zamawiający nie wymagał złożenia jadłospisu dekadowego. Zatem, w sytuacji oceny dokonanej przez wykonawcę zadeklarowanego jadłospisu dekadowego i bez znaczenia tu pozostaje, czy w punktach czy jak Odwołujący na poziomie prawidłowy, ostateczna ocena jadłospisu dekadowego nie jest możliwa bez jego złożenia przez wykonawców w postępowaniu, a następnie jego zbadania i oceny przez Zamawiającego, bowiem pozytywna ocena jadłospisu, dokonana przez wykonawcę może być wyeliminowana przez nieprawidłowości, powołane wyżej, zapisane w Załączniku nr 2C. Sprawdzenie czy nie zachodzą okoliczności zapisane w Załączniku 2C mogłoby być dokonane przez Zamawiającego podczas badania jadłospisu dekadowego, a takiej możliwości zbadania i oceny jadłospisu dekadowego Zamawiający nie ma w tym postępowaniu, bo nie zażądał w SIWZ złożenia jadłospisu dekadowego. To Zamawiający dokonuje oceny ofert w oparciu o postanowienia SIWZ i na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 91 Pzp Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów, jakie zostały określone przez Zamawiającego w specyfikacji. Zgodnie z brzmieniem przepisów Pzp to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego za najkorzystniejszą cenę.

Ustalone w przedmiotowym postępowaniu kryterium w zakresie oceny jadłospisu dekadowego (20 pkt) nie jest możliwe do realizacji bez na naruszenia zasad określonych w art.7 Pzp. Zgodnie z SIWZ Wykonawcy zostali zobowiązani, do oceny zadeklarowanego jadłospisu dekadowego i podania w ofercie w pkt 3 „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie...”. Zamawiający, jako że w SIWZ nie żąda złożenia jadłospisu dekadowego, nie żąda także złożenia Załącznika nr 2C „Arkusz oceny dekadowej jadłospisów” pozbawiony jest możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o to kryterium, bo nie on, lecz wykonawca dokonuje oceny zaoferowanego w postępowaniu jadłospisu dekadowego. Zamawiający nie ma możliwości poczynienia ustaleń, w przedmiocie czy nie występują w jadłospisie dekadowym nieprawidłowości, które eliminują pozytywną ocenę jadłospisu, które to nieprawidłowości zapisał w Załączniku Nr 2C. Nie jest wykonalne kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego” bez jadłospisu dekadowego w sposób nienaruszający postanowień SIWZ. W opinii Odwołującego ocena przez Zamawiającego jadłospisów dekadowych zadeklarowanych przez wykonawców w postępowaniu bez jadłospisów dekadowych stanowi działanie niezgodne z postanowieniami SIWZ i jednocześnie nie może zostać uznane za prawidłowe. Nie jest możliwa ocena ofert w oparciu o wzory zapisane w SIWZ z uwagi na niewiadomą w postaci możliwości istnienia nieprawidłowości, zapisanych w Załączniku nr 2C, eliminujących pozytywną ocenę jadłospisu dokonaną przez samego wykonawcę, a Zamawiający nie ma możliwości poczynienia ustaleń w tym przedmiocie.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem wykonawcy Gomi, nie jest możliwe i realne w rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonanie oceny ofert w oparciu o kryterium oceny ofert ocena jadłospisu dekadowego przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ przy uwzględnieniu Załącznika nr 2C. W jego ocenie w tym postępowaniu wystąpiła wada postępowania polegająca na naruszeniu przepisów Pzp regulujących udzielenie zamówienia, wada ta skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego i jest niemożliwa do usunięcia. Wada polega na takim opisanu sposobu oceny kryterium ocena jadłospisu dekadowego, który uniemożliwia ocenę złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z tym kryterium. Wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, bowiem według określonego w SIWZ kryterium i jego oceny nie można wykonawcom przyznać punktów, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem wada ma wpływ na wynik postępowania i jest niemożliwa do usunięcia. Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SIWZ po terminie składania ofert i nie są dopuszczalne po stronie Zamawiającego interpretacje postanowień SIWZ, dokonane w trakcie oceny ofert, prowadzące do zmiany lub do określenia postanowień SIWZ.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w taki sposób opisał kryterium oceny ofert „Ocena jadłospisu dekadowego”, że sam dokonuje różnej jego interpretacji. Początkowo (w korespondencji przywołanej we wstępie) prezentował stanowisko, że podanie przez Odwołującego poziomu jadłospisu dekadowego, jako „poprawny” powoduje, że jego oferta jest niezgodna ze SIWZ i podlega odrzuceniu, a w późniejszym terminie, że „brak wartości liczbowej kryterium D powoduje niemożność jej oceny” i pierwszy raz w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 r. mówi o punktach na określenie poziomu jadłospisu dekadowego. W Załączniku nr 2C Zamawiający w części „Ocena końcowa sposobu żywienia/jadłospisu, klasa 1”, sposób żywienia prawidłowy, w rubryce „Przedziały punktowe” przypisał temu jadłospisowi 30-34 pkt; jednak nie wiadomo, który jadłospis prawidłowy to 30 pkt, a który to 34 pkt lub 31, 32, 33 pkt. Odwołujący stwierdził, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji zaistnienia choćby jednej przesłanki bezwzględnej nieważności umowy określonej w art.146 ust. 1 Pzp. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu także na podstawie przepisu art.146 ust. 6 Pzp, zawierającego podstawy materialne unieważnienia umowy, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem wykonawcy Gomi ponad wszelką wątpliwość dokonany w SIWZ opis sposobu oceny kryterium ocena jadłospisu dekadowego, dokonany z naruszeniem przepisów Pzp miał wpływ na wynik postępowania.

**Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym wnosił o: oddalenie odwołania w całości.** Ponadto Szpital wnosił o zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą. W załączeniu do pisma Zamawiający przedłożył dowody w postaci trzech oświadczeń członków komisji przetargowej, tj. osób obecnych przy otwieraniu złożonych ofert, jako dowód na okoliczność: treści tych dokumentów, a także przebiegu otwarcia ofert oraz treści oświadczeń przedstawiciela Odwołującego, a w szczególności rozumienia treści SIWZ przez tego przedstawiciela.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający podnosił m. in., że w jego ocenie stanowisko wykonawcy Gomi jest nieprawidłowe, w tym sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa oraz stanem faktycznym sprawy.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Szpital podnosił, że w specyfikacji w pkt 18.1.1 wskazano trzy kryteria oceny ofert i ich znaczenie. W punkcie 18.1.3 SIWZ Zamawiający określił sposób oceny jadłospisu dekadowego D. W uwadze Zamawiający wskazał, że Arkusz oceny dekadowej jadłospisu zawiera załącznik nr 2C. Zamawiający wyjaśniał, że Arkusz ten służy do oceny sposobu żywienia pacjentów w ciągu dekady na podstawie jadłospisów opracowanych dla diety podstawowej. Jest rekomendowany i został opracowany przez GIS we współpracy z 122 oraz przedstawicielami WSSE i PSSE i jest sprawdzany na zgodność z wymaganiami przy rutynowych kontrolach WSSE. Sposób oceny jadłospisu przy użyciu arkusza jest jedną z metod jakościowych oceny żywienia i powszechnie wykorzystywaną metodą w żywieniu szpitalnym.

Arkusz oceny jadłospisów jest metodą punktową. Zadaniem Arkusza - załącznik nr 2C, było określenie ilości punktów. Zamawiający udostępnił wykonawcom oprócz arkusza wskazówki do oceny dekadowej jadłospisów, gdzie określił, że np. przy dostarczeniu trzech posiłków dziennie (I śniadanie, obiad, kolacja) wykonawca uzyska 3 pkt., natomiast przy dostarczeniu pięciu posiłków dziennie (I śniadanie, II śniadanie, obiad, podwieczorek, kolacja) - 5 pkt.

Zamawiający stwierdził, że w celu określenia ilości punktów należało przeprowadzić analizę Arkusza, w którym określono wyróżniki i odpowiadające im punkty. Odpowiadając na poszczególne pytania od 1 do 12 i od 14 do 20 wykonawca powinien uzyskać konkretne wartości punktowe, które w punkcie 21 arkusza należało zsumować. Wynikiem analizy arkusza powinna być wartość liczbowa. Maksymalna ilość punktów możliwa do uzyskania to 34. Na podstawie uzyskanej liczby punktów należało określić sposób żywienia i tak odpowiednio: jadłospis prawidłowy został określony w przedziale 30-34 pkt., zadowolający 25-29 pkt.; wymagający poprawy 20-24 pkt., nieprawidłowy - 19 pkt. Dodatkowo Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia zał. nr 2A do SIWZ w pkt VI 22 wskazał, że jadłospis dekadowy ma spełniać wymagania zgodnie z załącznikiem nr 2C Arkusz oceny dekadowej jadłospisów (dieta podstawowa), wymagana ocena jadłospisów dekadowych na poziomie zadowolającym lub prawidłowym.

Następnie Zamawiający wskazał na postanowienia SIWZ w pkt 18.1.3, w którym określił sposób wyliczenia Oceny jadłospisu dekadowego D. Zamawiający wyjaśniał również, że w celu określenia wartości punktowej jadłospisu dekadowego (D), należało określić Di (ilość punktów przyznana z tabeli - załącznik nr 2C (Arkusz oceny dekadowej jadłospisów)). Wartość D jest ilorzem Di - ilości punktów obliczonych w Arkuszu oceny dekadowej jadłospisów (załącznik Nr 2C) i Dmax - najwyższej ilości punktów spośród wszystkich ocenianych ofert.

Zamawiający wyjaśniał, że określenie jadłospisu, jako „prawidłowy” nie określa wartości liczbowej, a co za tym idzie nie pozwala na wyliczenie wartości Di, która stanowi jedno z trzech kryterium badania oferty. I tak, np.

- a) wykonawca deklarując odpowiednio ocenę jadłospisu dekadowego na poziomie 34,0 punktów w badanym kryterium uzyskałby według wskazanego wzoru 20,00 punktów,
- b) z kolei, w przypadku zadeklarowania oceny jadłospisu dekadowego na poziomie 33,0 punktów w badanym kryterium uzyskałby według wskazanego wzoru 19,41 punktów,
- c) natomiast przy zadeklarowaniu oceny jadłospisu dekadowego na poziomie 32,0 punktów w badanym kryterium uzyskałby według wskazanego wzoru 18,82 punkty;
- d) przy zadeklarowaniu oceny jadłospisu dekadowego na poziomie 31,0 pkt w badanym kryterium uzyskałby według wskazanego wzoru 18,23 pkt;
- e) natomiast w przypadku zadeklarowaniu oceny jadłospisu dekadowego na poziomie 30,0 pkt w badanym kryterium wykonawca uzyskałaby według wskazanego wzoru 17,65 pkt.

W opinii Zamawiającego wartość Di była istotnym parametrem w ocenie tego kryterium, dlatego też Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp nie zezwolił wykonawcy Gomi na uzupełnienie oferty o wartość liczbową, ponieważ spowodowałaby one istotne zmiany w treści oferty. Wskazana przez Odwołującego ocena jadłospisu dekadowego na poziomie „prawidłowym” mieści się w przedziale punktowym 30-34. Zamawiający podkreślał, że jadłospis „prawidłowy” z ilością punktów 34 różni się znacząco od jadłospisu prawidłowego z ilością punktów 30. I tak np. jadłospis z ilością punktów 34 zawiera w sobie przy diecie podstawowej: 5 posiłków dziennie, przerwy między posiłkami nie przekraczają 4 godziny, przerwa nocna jest nie dłuższa niż 14 godz.; jadłospis zawiera wodę/napoje w 3 głównych posiłkach; białko pełnowartościowe (zwierzęce lub strączkowe) zawarte w 3 głównych posiłkach; mleko i przetwory mleczne w tym napoje fermentowane występują w co najmniej 2 posiłkach; dieta dostarcza 5 porcji warzyw i/lub owoców; produkty zbożowe z pełnego przemiału są zawarte przynajmniej w jednym głównym posiłku; tłuszcze roślinne bogate w kwasy jedno i

wielonienasycone występują przynajmniej w posiłku obiadowym; porcja surowych warzyw i/lub owoców występuje przynajmniej 1 posiłku; wprowadzono zróżnicowanie kolorystyczne oraz zróżnicowanie konsystencji i strawności poszczególnych składników w posiłku, a także dieta dostarcza rośliny strączkowe suche, ryby i/lub przetwory rybne 3x w dekadzie; zawiera różnorodne owoce i/lub warzywa, mięsa i przetwory mięsne oraz produkty węglowodanowe w dekadzie, a także zróżnicowane techniki przygotowania potraw w dekadzie i potrawy smażone nie częściej niż 3 x w dekadzie.

Natomiast jadłospis na poziomie „prawidłowym” z ilością punktów 30 może zawierać np. 3 posiłki dziennie zamiast 5; mogą występować dłuższe przerwy między posiłkami; jadłospis może zawierać mniej porcji warzyw i/lub owoców itp. Zdaniem Szpitala podnieść, zatem wypadło, iż im wyższa wartość liczbową uzyskana w ocenie jadłospisu dekadowego, tym lepsza racja żywieniowa dla pacjentów. Mając na uwadze powyższe dla Zamawiającego, kluczowe było określenie wartości punktowej według załącznika nr 2C.

Zamawiający poddawał w wątpliwość, w jaki sposób, wykonawca Gomi określił zadeklarowaną ocenę jadłospisu na poziomie „prawidłowym” stosując załącznik nr 2C, nie uzyskując wartości liczbowej. Znamiennym jest, iż wykonawca ten w załączniku nr 1 do SIWZ Oferta w punkcie II 3. określił ocenę jadłospisu dekadowego na poziomie „prawidłowym”, mimo, że Zamawiający wskazał, aby uzyskaną wartość liczbową wpisać „słownie”. Zamawiający wskazywał, że ponieważ wykonawca Gomi określił poziom jako „prawidłowy”, a nie wskazał wartości liczbowej Di niezbędnej do oszacowania D w tym kryterium, został oceniony w tym kryterium oceny ofert na 00,00 pkt. Zamawiający stanowczo zaprzeczał, że bezpodstawny jest zarzut, że: „ocena przez Zamawiającego jadłospisów dekadowych zadeklarowanych przez Wykonawców w postępowaniu bez jadłospisów dekadowych stanowi działanie niezgodne z postanowieniami SIWZ”. Zamawiający na etapie badania i oceny oferty nie wymagał od wykonawców złożenia jadłospisów dekadowych, wymagał natomiast wykonania oceny jadłospisu dekadowego na podstawie Arkusza oceny dekadowej - załącznik nr 2C. To wykonawca na podstawie wykonanej w Arkuszu analizy deklarował jadłospis na poziomie uzyskanej w Arkuszu ilości punktów. Przy czym, Zamawiający zastrzegł w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w punkcie VI 22, że jadłospis dekadowy ma spełniać wymagania zgodnie z załącznikiem 2C - Arkusz oceny dekadowej jadłospisów i być na poziomie zadowalającym lub prawidłowym.

Zamawiający innymi postanowieniami SIWZ określił, że jadłospis dekadowy, oprócz wartości punktowych określających go jako jadłospis prawidłowy lub zadowalający musi także spełniać inne wymagania, a ich niespełnienie eliminuje pozytywną ocenę jadłospisu. To wykonawca na etapie składania oferty miał zadeklarować, że jadłospis oprócz wymaganej wartości punktowej, spełnia także te wymagania. Zamawiający podał, również, iż zastrzegł w Umowie (§ 7 pkt 4 i 5), że w trakcie realizacji zamówienia, kryterium to będzie sprawdzane przez Dietetyka Zamawiającego zgodnie z deklaracją wykonawcy - załącznik nr 2C i Oferta wykonawcy stanowiącą Załącznik nr 1.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołujących się o braku czytelnego (jasnego) sformułowania wymagań SIWZ, zasad wypełniania dokumentów, zdaniem Szpitala należało stwierdzić, iż w trakcie czynności otwierania ofert w obecności członków komisji przetargowej oraz przy przedstawicielu wykonawcy przedstawicielka Odwołującego stwierdziła wyraźnie zaskoczona, że przez omyłkę nie wypełniła dokumentów zapisami liczbowymi i słownymi, a uczyniła to błędnie w sposób „opisowy”. Po czym zapytała czy mogłaby ten brak uzupełnić. Członkowie komisji odmówili. Zdaniem Zamawiającego powyższe świadczy w sposób jednoznaczny, iż brak jest podstaw do stawiania zarzutów, iż kryteria wyboru były niejasne. Na dowód powyższego, Zamawiający w załączeniu do niniejszego pisma przedłożył stosowne oświadczenia członków komisji przetargowej.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w pkt 18.1.1 ustalił następujące kryteria oceny ofert i przypisał im odpowiednie znaczenie:

1.1 Cena brutto	60%
1.2 Średnia cena brutto wsadu do kotła	20%
1.3 Ocena jadłospisu dekadowego	20%

W pkt 18.1.3 SIWZ odnośnie kryterium oceny ofert Zamawiający podał, że: „Oceną jadłospisu dekadowego (D) wyliczana jest według poniższej punktacji i wzoru:

Ocena jadłospisu dekadowego (D)	ILOŚĆ PRYZNANYCH PUNKTÓW
1. prawidłowy	100
2. zadowalający	50
3. wymagający poprawny	10
4. nieprawidłowy	0

$$D = (D_i / D_{max}) * 20 \text{ gdzie:}$$

D – wartość punktowa jadłospisu dekadowego

D<sub>i</sub> - ilość punktów przyznana z tabeli na podstawie zadeklarowanych jadłospisu dekadowego Wykonawcy.

D<sub>max</sub> - najwyższa ilość punktów spośród wszystkich ocenianych ofert

UWAGA! Arkusz oceny dekadowej jadłospisu zawiera Załącznik nr 2C

Uwaga! W przypadku nie zaferowania w druku oferty załącznik nr 1 oceny jadłospisu dekadowego oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.

Natomiast w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający w punkcie 3 podał: „3. Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie..... (słownie)”.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w Załączniku nr 2C stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający ustalił, że ocena końcowa sposobu żywienia/jadłospisu wynosi odpowiednio:

- 1.prawidłowy: 30-34 pkt
- 2.zadawalający: 25-29 pkt
- 3.wymagający poprawy: 20-24 pkt
- 4.nieprawidłowy: ≤ 19 pkt.

Z ustaleń Izby wynika również, że Zamawiający w rozdziale 27 SIWZ podał m. in. dokumenty załączone do oferty, pośród których wymienił Załącznik nr 2C „Arkusze oceny dekadowej jadłospisów oraz Wskazówki do arkusza oceny jadłospisów dieta podstawowa”. Również postanowienia wzoru umowy zawarte w § 1 ust. 3, § 5 pkt 3, § 7 ust. 5 odwołują się do załącznika nr 2C.

Ustalono, że w ramach pytań do SIWZ jeden z wykonawców zadał pytanie:

„Zapytanie nr 8 „Zamawiający w załączniku 2a dział V pkt 1 wskazuje, że dla diety podstawowej przysługują 4 posiłki: śniadanie, obiad, podwieczorek oraz kolacja natomiast w załączniku 2c pkt 1 wskazuje maksymalną liczbę punktów za 5 posiłków, Zatem czy Zamawiający dopuszcza przygotowanie jadłospisu do oceny zawierającego 5 posiłków?”  
Odpowiedź nr 7 ”Zgodnie z zapisami SIWZ”.

Odwołujący w złożonej ofercie w formularzu ofertowym w pkt 3 podał: „3. Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie prawidłowy (słownie)”.

Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp a jedynie w ramach jednego z kryteriów - „Ocena jadłospisu dekadowego” - nie przyznał wykonawcy Gomi punktów (pkt 17 i 18 Protokołu postępowania z dnia 18 stycznia 2021 r.). Strony nie kwestionowały owego faktu również w toku rozprawy.

Strony były zgodne, co do okoliczności związanych z przebiegiem czynności otwarcia ofert, a jedynie wyciągały odmienne wnioski w aspekcie zachowania i wiedzy przedstawiciela Odwołującego w trakcie tej czynności. Również nie było sporne między stronami, iż Odwołujący po dokonaniu czynności otwarcia ofert wystosował do Zamawiającego pismo z dnia 5 stycznia 2011 r., na które Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 11 stycznia 2021 r., których treść została szczegółowo omówiona w treści uzasadnienia odwołania co zostało zreferowane powyżej.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

#### Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przysługują i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Natomiast przepis art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie rozważań poczynionych przez Izbę wskazać należy, że specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem jest swoistą instrukcją dla wykonawcy zawierającą między innymi wymogi Zamawiającego w zakresie formy i treści składanej oferty, do których wykonawca zobowiązany jest się stosować. W tym kontekście zasadnym i nie tracącym nic na adekwatności jest odwołanie się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wyrażone w wyroku z dnia 30 października 2019 r. zapadłego w sprawie o sygn. KIO 2084/19, w którym stwierdzono m. in., że: „*Dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań co do jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które nie zostały w siwz zapisane, nie wynika z brzmienia siwz, lecz jedynie hipotetycznie, mogłyby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodne nie tylko z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówienie publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp - przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Siwz, jako oświadczenie zamawiającego, zawierające w sobie elementy oświadczenia woli i elementy oświadczenia wiedzy, podlega bowiem wykładni, jednak rezultatem tej wykładni nie może być uzupełnienie treści siwz o wymagania, które nie zostały w niej zapisane, a są jedynie domniemywane. Wykładni, w tym również uwzględniającej kontekst sytuacyjny oraz dokonywanej z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, podlega bowiem wyłącznie treść danego oświadczenia”.*

Przekładając powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba w pierwszej kolejności odniosła się do argumentacji Zamawiającego zasadzającej się na tym, że Arkusz oceny dekadowej jadłospisów” znajdujący się w załączniku nr 2C jest dokumentem przedmiotowo istotnym z punktu widzenia prowadzonego postępowania, bowiem precyzuje zakres świadczenia wykonawcy i powinien być złożony wraz z ofertą przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co wynika wprost z rozdziału 27 SIWZ. Izba uznaje powyższą opinię za uzasadnioną nie mniej jednak w przypadku, gdy Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu jego niezłożenia lub też wypełnienia niezgodnie z SIWZ to, w takiej sytuacji Izba nie znajduje usprawiedliwienia dla zaniechania Zamawiającego, polegającego na braku przyznania punktów ofercie wykonawcy Gomi w kryterium oceny ofert „Ocena jadłospisu dekadowego”.

W kontekście ustalonego stanu faktycznego, który został opisany powyżej, Izba stanęła na stanowisku, że powołane postanowienia specyfikacji nie pozwalały na przyjęcie stanowiska, że Odwołującemu nie należy przyznać punktów w kryterium „Ocena jadłospisu dekadowego”. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia następująca argumentacja. Otóż przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający treścią specyfikacji wskazał, że ocena w tym kryterium odbywać się będzie na podstawie wskazanej w pkt. 18.1.3 punktacji i wzoru. Co istotne, w przedstawionej w tym punkcie tabeli Zamawiający w sposób niebudzący żadnych wątpliwości ustalił, że oceną jadłospisu dekadowego (D) będzie kształtować się w ten sposób, że jadłospis na poziomie: prawidłowy otrzyma 100 pkt. Natomiast kolejne jadłospisy otrzymają odpowiednio mniej punktów, tj. zadawalający – 50 pkt, wymagający poprawy – 10 pkt, zaś nieprawidłowy – 0 pkt. W tym zakresie Zamawiający sprecyzował, że Załącznik nr 2C zawierał nie tylko Arkusz oceny dekadowej jadłospisów, ale także wskazówki do Arkusza oceny jadłospisów dieta podstawowa. Tym samym uznać należy, że

stanowił on swoisty przewodnik dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w aspekcie ustalenia typu oferowanego jadłospisu dekadowego, bowiem Zamawiający w jego treści jasno przydzielił określoną ilość punktów odpowiednim wyróżnikom od nr 1 do 12 oraz od nr 14 do nr 20. Jednocześnie Zamawiający ustalił, że w ramach dekady 1-12 maksymalnie ilość punktów to 24 pkt, natomiast w pozycjach: 12-20 maksymalna wartość punktowa to 10 pkt. Łączna wartość punktacji wszystkich wyróżników to 34 pkt (str. 1 i 2 załącznika). Zwierczeniem powyższej punktacji była ocena końcowa dla jadłospisu na poziomie prawidłowy w przedziale 30-34 pkt (str. 4 załącznika).

Wobec tak ukształtowanych postanowień specyfikacji wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy z jego ustaleń wynikało, że oferowany przez niego jadłospis dekadowy mieści się w przedziale punktowym 30-34 pkt oceny końcowej jadłospisu wskazanej w załączniku nr 2C do SIWZ uprawniony był do przyjęcia, że oferuje jadłospis, który będzie uznany, przez Zamawiającego jako w klasie: prawidłowy. W związku z tym Izba uznała za logiczne to, iż Odwołujący w takim przypadku w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 3, dotyczącym oceny jadłospisu dekadowego wpisał „na poziomie prawidłowy”. Izba uznała, że jest to również uzasadnione tym, że we wzorze owego załącznika Zamawiający przy podawaniu tego rodzaju informacji oczekiwał podania ich w formie słownej, co mogło powodować u wykonawcy przeświadczenie, że w tym przypadku posłużyć się typem (klasą) jadłospisu a nie wyrażeniem liczby punktów w formie słownej, jak stwierdził Zamawiający. Izba uznała tego rodzaju argumentację za niemającą odzwierciedlenia w treści formularza ofertowego, bowiem w sytuacji, gdyby Zamawiający oczekiwał podania tej oceny jadłospisu w formie liczby punktów ujętej słownie to powinien to jasno i precyzyjnie wyrazić w treści załączonego wzoru, np. przez stwierdzenie „Ocena jadłospisu dekadowego na poziomie ... (podać liczbę punktów słownie)”. Zamawiający tego nie uczynił konstruując treść SIWZ, co powoduje, że obecnie nie ma prawa domagać się podania oceny w tej formie, a powinien przyjąć za prawidłowe i dopuszczalne każde określenie słowne odnoszące się do oceny jadłospisu dekadowego wskazane przez wykonawcę, które zostało opisane w tabeli w pkt 18.1.3 SIWZ oraz w załączniku nr 2C.

Kolejną kwestią wymagającą omówienia jest zagadnienie związane ze składnikami wzoru zawartego w pkt 18.1.3 SIWZ, który został zastosowany przez Zamawiającego do wyliczenia wartości punktowej jadłospisu dekadowego. Wątpliwości Izby budzi opis dokonany przez Zamawiającego pod pozycją „Di”. Jedyne celem przypomnienia Izba wskazuje, że Zamawiający dla tego elementu wzoru sprecyzował: „Di - ilość punktów przyznana z tabeli na podstawie zadeklarowanych jadłospisu dekadowego Wykonawcy” i zawarł go w pkt. 18.1.3 SIWZ wraz z tabelą, która została umieszczona tuż nad ww. wzorem, a w treści, której w zakresie oceny jadłospisu dekadowego, wskazano, jako ilość przyznany punktów – 100 pkt. Dostrzeżenia wymaga, że przytoczonym opisie składnika wzoru o nazwie „Di” Zamawiający wprost odwołuje się do ilości punktów przyznanych z tabeli. W takim przypadku samoistnie narzuca się skojarzenie, że należy brać pod uwagę tabelę zamieszczoną w tym samym punkcie, co podany wzór. Na podstawie tak ukształtowanego opisu tej składowej nie sposób uznać, że w tym przypadku należy wziąć pod uwagę punktację z tabeli zawartej w załączniku nr 2C do SIWZ.

Podobnie jak w przypadku treści pkt 3 formularza ofertowego Izba prezentuje pogląd, że w sytuacji, gdy Zamawiający zamierzał w ramach składnika „Di” korzystać z punktów podanych w tabeli zawartej w załączniku 2C to powinien to wyraźnie i jednoznacznie w SIWZ wskazać. Brak tego rodzaju konkretyzacji na etapie formowania specyfikacji powoduje, że Zamawiający na dalszym etapie postępowania, jakim jest etap oceny ofert nie może jej dokonywać w oparciu o nieistniejącą treść, która nie została wprowadzona do SIWZ na pierwotnym etapie jej tworzenia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby wszelkie uchybienia i błędy Zamawiającego popełnione przy formułowaniu postanowień specyfikacji nie mogą rodzić negatywnych skutków po stronie wykonawcy. Tym samym wątpliwości w tym zakresie powinny być zawsze rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Za taką okoliczność w tej sprawie należy uznać brak wskazania przez Zamawiającego, że w ramach składnika „Di” będzie podstawiał do wzoru liczbę punktów przyznaną z tabeli z załącznika 2C w aspekcie zadeklarowanego jadłospisu dekadowego przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia zamiast punktów wskazanych w tabeli zawartej w pkt 18.1.3 SIWZ.

Na kanwie powyższego z punktu widzenia punktacji w kryterium oceny ofert „Ocena jadłospisu dekadowego” bez znaczenia pozostaje kwestia, czy w ramach oceny końcowej w klasie jadłospisu prawidłowy wykonawca osiągnął 30 czy też 34 punkty, bowiem zawsze w tym przedziale wykonawca zgodnie z tabelą zawartą w pkt 18.1.3 powinien otrzymać 100 pkt, co powoduje, że przy podstawieniu tej ilości punktów do ustalonego przez Zamawiającego wzoru zawsze otrzyma on maksymalną ilość punktów.

Odnosząc się do złożonych przez Zamawiającego dowodów w postaci notatek służbowych i oświadczeń członków komisji przetargowej - w których stwierdzono, że osoba uczestnicząca w czynności otwarcia ofert z ramienia Odwołującego wyrażała zdziwienie brakiem podania oceny punktowej oraz pytała o możliwość uzupełnienia oferty o tą informację – Izba uznała powyższe dowody za nieprzystające dla rozstrzygnięcia z następujących przyczyn. Po pierwsze, powyższe okoliczności były niesporne między stronami. Po drugie, Izba dała wiarę wyjaśnieniom pełnomocnika Odwołującego, który stwierdził, że osoba ta zajmuje się procesem ofertowania oraz nie posiada specjalistycznej wiedzy prawniczej. Po trzecie, nie został umocowana do składania wiążących oświadczeń w imieniu Odwołującego a jej jedynym celem miało być przekazania wykonawcy określony pakiet informacji z czynności otwarcia ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na zaniechaniu przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Ocena jadłospisu dekadowego”.

W związku z potwierdzeniem się ww. zarzutów Izba bez rozpoznania zostawiła dalsze zarzuty w postaci naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę*”

„przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W związku z tym Izbakosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 260/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 11 263 zł (na którą składał się koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego, wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę) - obciążyla Zamawiającego jako stronę przegrywającą.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na kwotę przewyższającą 3.600 zł brutto wskazując, że przepis § 5 ust. 2 lit b) ww. rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, że koszty związane z wydatkami i wynagrodzeniem wynagrodzenia pełnomocnika nie mogą przekraczać kwoty 3.600 zł. Tym samym wniosek pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie przewyższającej wartość 3.600 zł należy uznać za taki, który nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**